

28. Windenergietage,
6. November 2019 in Potsdam

Forum 17 - EWE Trading GmbH: Hart am Markt:
Wind heute und morgen

Schlaglichter aus dem Artenschutz:

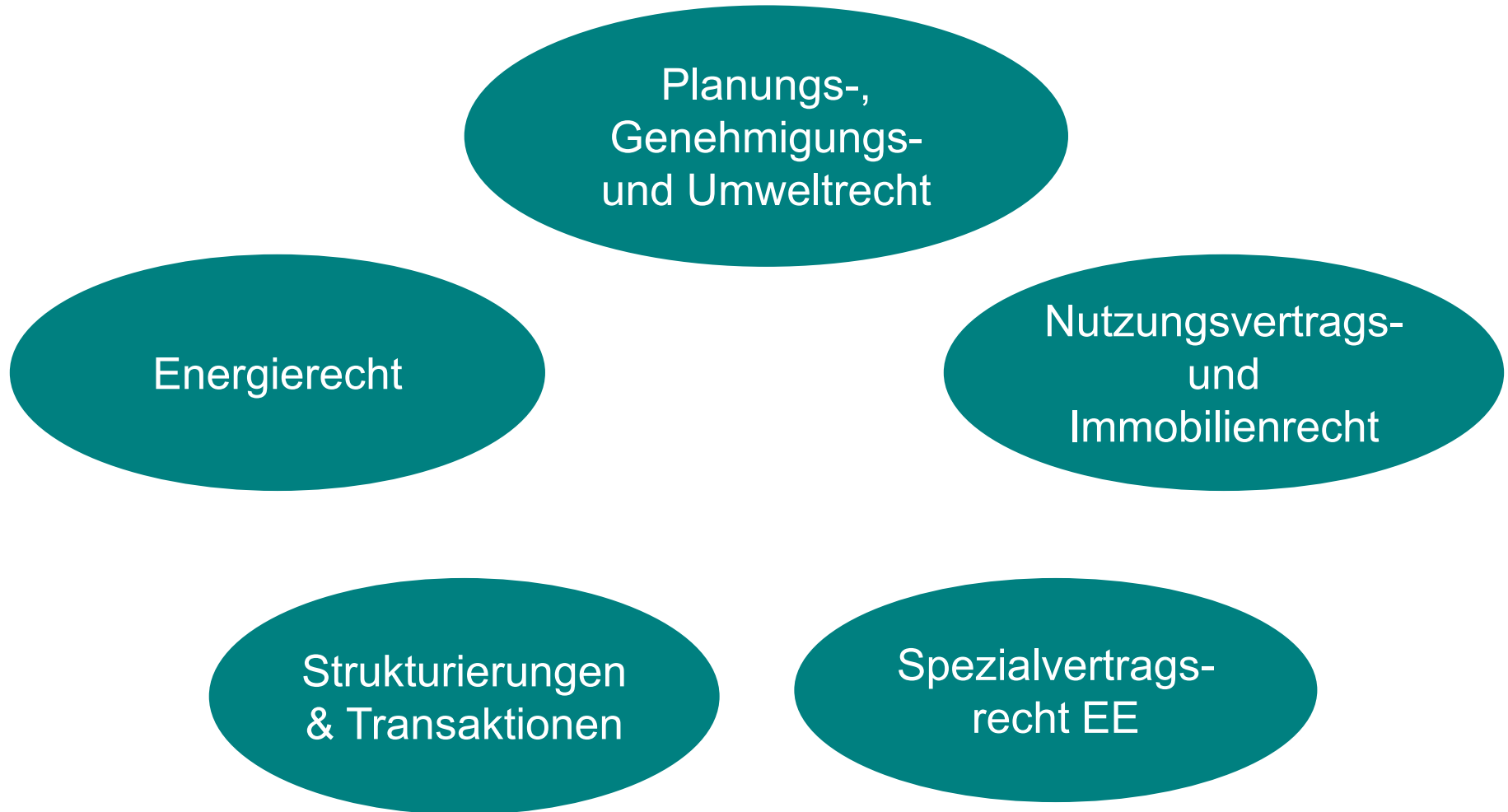
Rotmilan & Co., Ausnahmen und Technische Systeme zur Vogelerkennung

Dr. Michael Rolshoven

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin
Tel.: +49 - (0) 30 - 39 92 50 - 0
E-Mail: rolshoven@mwp-berlin.de

Unser Beratungsumfang in den EE:



Gliederung

- I. ArtenschutzR als ein zentrales Hemmnis des Windkraftausbaus
- zum Stand der Rechtsprechung an drei aktuellen Fallbespiele

- II. Lösungsansatz: Technische Systeme zur Vogelerkennung
- kritische Anmerkungen

- III. Lösungsansatz: „Ausnahme“ vom Tötungsverbot
- Lösungsweg oder Irrweg?

- IV. Lösungsansatz: „TA Artenschutz“
- Ausblick und zur Diskussion

I. Tötungsverbot und Stand der Rechtsprechung

- Aktuelle Rechtsprechung (Rotmilan)
- Kranichabschaltung

1. OVG Koblenz, Beschluss vom 16.08.2019 - 1 B 10539/19 (Rotmilan, Helgoländer Papier, „Naturschutzfachlicher Rahmen RP“)

➤ Worum geht es?

- Immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Einzel-WEA aus Juni 2015
- Waldstandort
- Etwa 1.460 m bis 1.480 m entfernt brütet ein Rotmilan
- Eilantrag eines Naturschutzverbandes
- VG Koblenz hebt noch Sofortvollzug auf, anders das OVG ...

➤ Entscheidung

- Immerhin: Sofortvollzug (weithin) wiederhergestellt
- Weil Waldstandort; Rotmilan sei Offenlandjäger
- Zudem werde die „Tabuzone“ nach dem Helgoländer Papier um lediglich 1,3 bis 2,7 % unterschritten
- Danach seien die Erfolgsaussichten offen, im Rahmen der Interessenabwägung überwiegen nach OVG aber die Interessen des Bauherren, das Vorhaben umzusetzen

Zum „Helgoländer Papier“ heißt es:

„Zu den zum Ausschluss eines signifikant gesteigerten Tötungsrisikos erforderlichen Abständen als solchen verweist der Naturschutzfachliche Rahmen sodann auf das ‚Helgoländer Papier‘, welches insoweit ‚als Fachkonvention anerkannt‘ sei und ‚mehrheitlich akzeptiert‘ werde **Ein Grad einer Durchsetzung als wissenschaftlicher Standard wird damit bereits nicht für das zugrundeliegende ‚Helgoländer Papier‘ selbst reklamiert und damit auch zwangsläufig nicht für die durch den Naturschutzfachlichen Rahmen auf dieser Grundlage entwickelten Handlungsempfehlungen** ... Hinzu kommt schließlich, dass auch das ‚Helgoländer Papier‘ selbst die von ihm ausgesprochenen Abstandsvorgaben lediglich als ‚Abstandsempfehlungen‘ ansieht, ...“

➤ **Bewertung der drei Entscheidungen**

- Helgoländer Papier nach OVG Koblenz, a. a. O., kein allgemein anerkannter Standard, so z. B. schon **OVG Lüneburg**, Beschluss vom 16.11.2016 - 12 ME 132/16:

„Diese Empfehlungen haben sich keineswegs bereits als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt.“

- Zugleich aber: Nur in begründeten Fällen ist eine Abweichung vom Helgoländer Papier und „Naturschutzfachlichem Rahmen RP“ möglich
→ **Erhebliche Bedeutung der Erlasse**: Abweichung von Erlassvorgaben muss gut begründet sein (OVG Koblenz, a.a.O).
- **Einschätzungsprärogative lebt** trotz Beschluss des BVerfG (23.10.2018) faktisch **fort**, was auch bedeutet: Behörde muss ggf. selbst Begründungsaufwand zur Abweichung von Ländererlassen leisten, was auch schief gehen kann ...

2. OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2019 - 8 B 1013/18 (Rotmilan, Brutzeitabschaltung, Nachtragsbescheid)

➤ Worum geht es?

- Einzel-WEA-Genehmigung aus 2016, in Verbund mit 13 WEA errichtet
 - Umweltverband erreicht Stilllegung wegen **Rotmilanhorst in > 1.000 m** (OVG Münster, Beschl. v. 23.05.2017)
 - Jetzt: Abhilfebescheid mit zusätzlicher Brutzeitabschaltung: Monitoring ab 15. März auch mit Wildkamera und Bewegungsauslöser, bei Horstbesatz Abschaltung bis 15. Juli (je 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr)
- Änderungsantrag nach § 80 Abs. 7 VwGO

➤ Entscheidung

- Sofortvollzug dennoch bestätigt
- Zwar: Einschätzungsprärogative der Behörde
- Aber: „brutzeitbedingte Abschaltung“ von Behörde nicht plausibel
- Bestands-WEA ohne Belang (*„Andernfalls würde immer das Tötungsverbot ... durch immer größere Windparks nach und nach ausgehöhlt.“*)
- Abhilfebescheid lasse tatsächliche und rechtliche Beurteilungsmaßstäbe nicht erkennen (z. B.: warum Abschaltung nur bis 16. Uhr?)

➤ Unsere Bewertung

- Einschätzungsprärogative wird trotz BVerfG-Entscheidung beibehalten
- Achtung: Einschätzungsprärogative greift nur dann, wenn Behörde „leitende Erwägungen“ nachvollziehbar offenlegt und Behörde diese selbst anstellt

„Eine Modifikation der Abschaltzeiten innerhalb der Brutzeit durch den Senat scheidet ... aus, weil für eine ... naturschutzfachliche Einschätzung des Gerichts ... keine Raum ist.“

- Anders durchaus: VGH Kassel, Beschluss vom 21.12.2015 - 9 B 1607/15
- Bei OVG Münster indes bleibt offen, ob Betrieb bei (weiterreichender) Brutzeitabschaltung zulässig

3. OVG Koblenz, Urteil vom 30.10.2019 - 1 A 11287/16 (Kranichabschaltung)

➤ Worum geht es?

- Einzel-WEA zusätzlich in Windpark genehmigt, hier erstmals mit Kranichabschaltauflage:

„Die WEA ist so zu betreiben, dass erhebliche Beeinträchtigungen ziehender Kraniche verhindert werden. An den Massenzugtagen des Kranichs im Frühjahr und Herbst, wenn während des Überflugs der Zugwelle am Standort der WEA eine der folgenden Wetterlagen herrscht: Niederschlag, Gegenwind und/oder Nebel, sind die Anlagen für die Dauer der laufenden Zugwelle abzuschalten und die Rotoren längs zur Zugrichtung auszurichten. Für die Beurteilung, ob es sich um einen Massenzugtag handelt, sind fundierte ornithologische Daten zu verwenden“

➤ Die Entscheidung

- OVG Koblenz hebt Nebenbestimmung auf! (anders noch die Vorinstanz: VG Koblenz, Urteil vom 07.09.2016 - 4 K 963.16)
- Zur Begründung (liegt noch nicht schriftlich vor): keine relevante Betroffenheit erkennbar

➤ **Bewertung der drei Entscheidungen**

- „Lehrstück“, wie artenschutzrechtliche Vorgaben entstehen: 2006 wurde wegen Kranichzug die WEA-Genehmigung abgelehnt, 2007 folgte erstmals Genehmigung mit Abschaltauflage, sodann wurde diese Vorgabe namentlich von der Vogelschutzwarte Hessen/Rheinland Pfalz/Saarland zum Standard erhoben
 - Nach OVG Koblenz: es fehlt nachvollziehbare Begründung
 - Ein mühsamer Weg: überzogene Vorgaben der Behörden/Erlasse werden wenn überhaupt nur nach langen Auseinandersetzung korrigiert und konkretisiert (OVG Koblenz zu Kranich)
- *Zusammengenommen wird durch Rspr. Hemmnis (Tötungsverbot und Artenschutz) durch Rechtsprechung mehr verfestigt als aufgelöst ...*

II. Lösungsansatz:

Technische Systeme zur Vogelerkennung - kritische Anmerkung

1. Problemaufriss

Ausgangsfall:

- „windkraftsensibele“, konkret: „schlaggefährdete Art im Nahbereich der WEA (regelmäßig Horst)
- WEA-Genehmigung wird deshalb abgelehnt

Bisherige Lösungsansätze:

- Raumnutzungsbetrachtung/RNA (zur Klärung, ob WEA-Standort stark frequentiert wird)
 - Vergrämungsmaßnahmen (z. B. unattraktive Mastfußgestaltung)
 - Lenkungsmaßnahme (z.B. Aufwertung unkritischer Bereiche)
 - temporäre Abschaltung (z. B. bei bestimmter Jahreszeit/ Witterung [Fledermäuse], bei Zugereignissen [Kranich!?!], bei Mahd]
 - Horstbeobachtung durch Kamera / Abschaltung erst nach Besatz
- Was, wenn dies Lösungsansätze nicht fangen und dennoch eine signifikante erhöhte Schlagwahrscheinlichkeit vorliegt /Ablehnung erfolgt?

2. OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.2018, 12 LB 118/16

➤ Insbesondere: zu manuellen Abschaltungen

„Durchgreifende Bedenken bestehen gegenüber dem von der Beigeladenen entwickelten und beauftragten Schutzkonzept jedenfalls deshalb, weil der Beklagte als **Alternative zu der pauschalen Abschaltverpflichtung eine Dauerbeobachtung** am Anlagenstandort mit **manueller Abschaltung** im Falle „gefährlicher Annäherung“ vorgesehen hat Das Schutzkonzept in der Variante manueller Abschaltung ist nach Auffassung des Senates ... nicht geeignet, Kollisionen von Rotmilanen mit der geplanten WEA hinreichend sicher zu vermeiden. Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Schutzkonzepts ist der naturschutzfachliche **Beurteilungsspielraum** des Beklagten **nicht** von maßgeblicher Bedeutung. ... **Die Effektivität manueller Abschaltung im Falle „gefährlicher Annäherung“ hängt jedoch von der voraussichtlichen Fähigkeit, Bereitschaft und Kontrollierbarkeit der Tätigkeit menschlicher Beobachter ab, auf die sich die Einschätzungsprärogative des Beklagten nicht bezieht. Bei ungünstigem Sonnenstand, widrigen Witterungsverhältnissen und/oder einer Mehrzahl von Vögeln am Himmel ... verspricht die - trotz Schichtbetriebs - ermüdende Dauerbeobachtung keinen hinreichend gesicherten Erfolg.“**

In der Diskussion

- Pauschale Abschaltung während der Brutzeit
(dazu OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2019 a. a. O.), Problem:
Wirtschaftlichkeit!
- Dauerbeobachtung am Anlagenstandort
(dazu OVG Lüneburg ablehnend, vorherige Folie)
- Lösungsansatz: Installation technischer Systeme zur Vogelerkennung

Derzeit in der Erprobung (Radarsysteme, Kamerasysteme)

- Bisher keine Anerkennung durch Behörden, aber Erprobung
- Perspektive: Technisch werden valide Systeme mittelfristig vorliegen, die mit hinreichender Sicherheit auch einzelne Arten erkennen können

Befürchtungen

- Abschaltung erfolgt zu frühzeitig oder zu spät
- Systemkosten ist nicht finanzierbar (Kosten der Technik plus Ertragsausfälle)
- System wird pauschal für alle WEA verlangt, ohne dass erhebliche Kollisionsgefahr vorliegt (vgl. Kranich)

Weiterführend

- Diskussionspapier des BWE/ AK Naturschutz: „Technische System zur Vogelerkennung mit der Möglichkeit zur Betriebsregulierung von WEA“ (Sept. 2019)
 - „Technische System zur Vermeidung von Kollisionen von windenergieanlagen-sensiblen Fledermaus-/Vogelarten“ (Workshop am 30.05.2018 in Kassel)
- Frage: ist nicht eher „Abwägungsabschichtung“ der bessere Weg!?

III. Lösungsansatz:

**„Ausnahme“ i. S. von
§ 45 Abs. 7 BNatSchG**

1. Rechtsgrundlagen

a) Zentral: § 44 Abs. 1 BNatSchG regelt die sog. **ZUGRIFFSVERBOTE**:

Es ist verboten,

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder **zu töten** ...,
2. wild lebende Tiere der streng geschützten Arten ... während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich **zu stören**; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der **lokalen Population** einer Art verschlechtert,
3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten ... zu **zerstören**, ...

b) „Ausnahme“ i. S. von § 44 Abs. 5 BNatSchG

(7) Die ... zuständigen Behörden ... **können** von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen ...

5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen **Interesses** einschließlich solcher sozialer oder **wirtschaftlicher** Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn **zumutbare Alternativen** nicht gegeben sind und sich der **Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert**, ...

- **BW-Ministerialerlass:** „Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten“ vom 01.07.2015

(Quelle: https://mlr.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mlr/intern/dateien/PDFs/Naturschutz/Hinweise_artenschutzrechtliche_Ausnahme_WEA_Endfassung.pdf)

- **Praxishinweis:** Erste Genehmigung mit Ausnahme (Rotmilan)

2. Rechtsprechung, zwei Beispiele

a) OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.2018, 12 LB 118/16 („WEA Belm“; RROP Osnabrück, manuelle Abschaltung)

➤ Worum geht es?

- WEA-Genehmigung (V 112, Gesamthöhe 200 m) für eine WEA erteilt
- **Ausnahme** erteilt für Mäusebussard, Turmfalke und Feldlerche deshalb ebenso fehlerhaft
- 1. Instanz: VG Osnabrück, Urteil vom 27.02.2015 - 3 A 5/15, setzt Bescheid aus,

... im Berufungsverfahren bestätigt

➤ Die Entscheidung

- Insbesondere: **Vorsorglich erteilte Ausnahme sei rechtsfehlerhaft!**

„Soll in Niedersachsen zugunsten des Betriebs einer ... WEA eine artenschutzrechtliche Ausnahme von dem Verbot erteilt werden, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten, setzt dies eine Prüfung von **Standortalternativen** voraus, die sich auf das **Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung** erstreckt.“ (Leitsatz)

→ Vorsorgliche Ausnahme für **Mäusebussard, Turmfalke und Feldlerche** sei deshalb also fehlerhaft

b) VGH Hessen, Beschluss vom 21.02.2019 - 9 B 182/19 (Flörsbachtal – Mäusebussard, Ausnahme; Mopsfeldermaus, Rotmilan)

➤ Worum geht es?

- 2016: sechs WEA **genehmigt** (mit UVP) Waldstandort
- Eine WEA außerhalb des Vorranggebietes Südhessen (Entwurf)
- Mäusebussard: „ ...fünf Horste bzw. Revierzentrente im erweiterten Untersuchungsraum bis [zwischen 500m] und 1.000m“
- „... Rotmilan-Brutpaar ... in etwa 1.000 m Entfernung“, RNA durchgeführt
- Ausnahme für Mäusebussard erteilt
- Rotmilanabschaltung im August („zwischen 8.00 und 20.00 Uhr“)

➤ Die Entscheidung

- Beschwerde zurückgewiesen
- Ausnahme bestätigt.

„Auch die für den Mäusebussard durch den Antragsgegner getroffenen Feststellungen hat der Antragsteller mit seinem Beschwerdevorbringen nicht in Zweifel gezogen. Das Vorbringen, die Ergebnisse der PROGRESS Studie sein nicht anzuzweifeln, denn Prof. Krüger gelte als der führende Spezialist in Deutschland für Populationsbiologie ... bleibt erfolglos, weil der Antragsgegner ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bejaht und ... eine rechtlich nicht zu beanstandende Ausnahmegenehmigung erteilt hat. Mit seinem weiteren Vorbringen, der Mäusebussard habe nur eine geringe Reproduktionsrate von 2,5 Jungen pro Lebensspanne, Verluste könnten deshalb nicht schnell ausgeglichen werden, werden die gutachtlich getroffenen Feststellungen dazu, dass für die allein zu berücksichtigenden, den WEA am nächsten gelegenen Paaren aufgrund der Entfernung von mindestens 650 m ein signifikantes Tötungsrisiko ausgeschlossen werden könne, auch nicht in Zweifel gezogen.“

3. Zur Bewertung der beiden Entscheidungen

- Nach OVG Lüneburg bleibt Alternativprüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG extrem eng, ggf. läuft Ausnahme leer
- Insofern VGH Kassel ein **Kontrapunkt** zu OVG Lüneburg, a. a. O. Dabei leider keine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung
- Weitere Rechtsprechung steht aus ...
- Kernproblem bei Ausnahme-Entscheidung: a) Statt Genehmigungsanspruch nur Ermessenentscheidung der Behörde, b) rechtliche Unsicherheit bei Umweltsverbandsklage, c) Diskussion zum Erhaltungszustand der betroffenen Art

Exkurs: Zur PROGRESS-Studie und zum Mäusebussard

- Forschungsvorhaben „Ermittlung der Kollisionsraten von (Greif)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für Prognosen und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen“ (Kurztitel: PROGRESS)
- „Aufreger“:

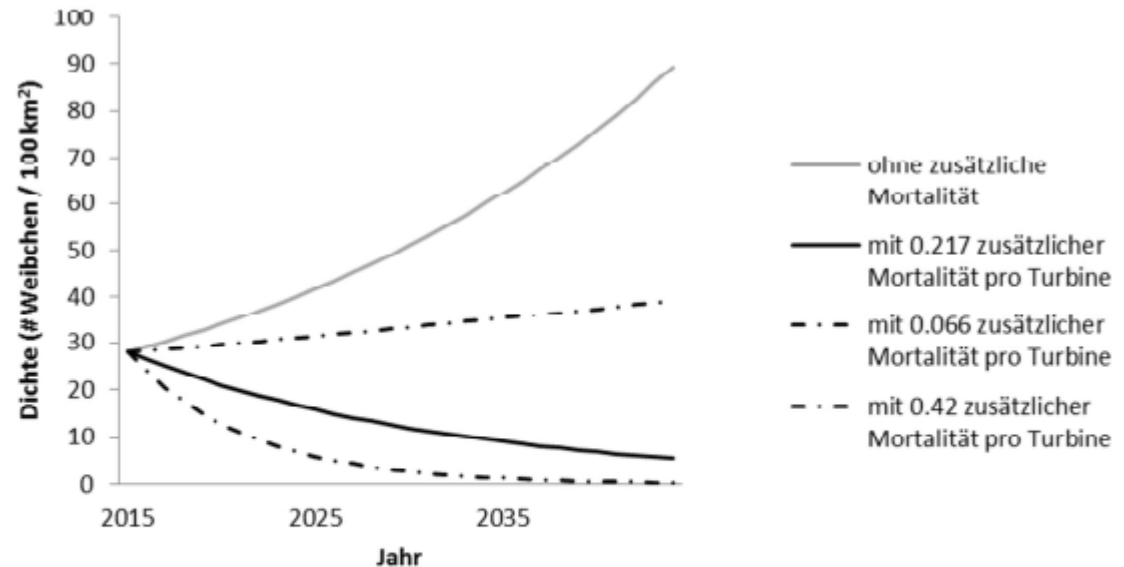


Abb. 6.4 Populationstrend des Mäusebussards in Bielefeld/NRW ohne zusätzliche Mortalität (grau), und mit zusätzlicher Mortalität (schwarz, mit 95 % Vertrauensintervall) für das Szenario mit konstanter WEA-Dichte (12 WEA pro 100 km²).

- Kritik: zweifelhafte Modellierung
- Vgl. aktuelle Diskussion zu Rotmilan-Bestandszahlen!

4. Lösungsweg über § 45 Abs. 7 S. 3 BNatSchG?

(7) Die ... zuständigen Behörden ... können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen ...

5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, ... **Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen.**

- Vorschlag u. a. von Agatz zur Diskussion: die „allgemeine Ausnahme“ ...
- Derweil: Antrag vom Landesverband des BWE (Hessen) an Landesregierung
- Etwaiger Vorteil könnte sein: mehr Rechtsicherheit, konzentrierter und damit effizienter Bestandsschutz?

IV. Lösungsansatz: „TA-Artenschutz“?

➤ Ausgangspunkt der Diskussion: BVerfG, **Beschluss vom 23.10.2018** - 1 BvR 2523/13

„In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.“

- Etwaige Themenfelder für „untergesetzliche Maßstabsbildung“:
 - Bestanderfassung
 - Bewertung von Schlagrisiken
 - Bewertung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen
- Ziele
 - Vereinheitlichung; Rechtsicherheit
 - Eingrenzung des Tötungsverbotes?

(Bisher zahlreiche Gesprächsrunden, aber noch keine konkreten Arbeitsergebnisse. Das BMU hält sich bedeckt.)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Haben Sie Fragen? Sprechen Sie uns auch gerne nach dem Windrecht Update an!

RA Dr. Michael Rolshoven

rolshoven@mwp-berlin.de

Weitere Ansprechpartner zur Thematik:

RA Philipp v. Tettau

tettau@mwp-berlin.de

RAin Marion Westphal-Hansen

westphal-hansen@mwp-berlin.de

RAin Anja Purwins

purwins@mwp-berlin.de